

Constituição e Democracia

Jorge Miranda*

Sumário

A) Constituição: 1. O Constitucionalismo Moderno. 2. Da Constituição Liberal às Constituições Atuais. 3. A Pluralidade de Constituições Materiais. B) Democracia: 4. Democracia e Soberania do Povo. 5. O Princípio Representativo. 6. O Princípio Representativo e os Partidos Políticos. 7. O Princípio da Responsabilidade Política. 8. O Princípio da Separação de Poderes. 9. Algumas Compreensões Político-Constitucionais. C) Democracia e Estado de Direito: 10. Democracia Representativa e Estado de Direito. 11. O Estado Democrático de Direito. 12. O Princípio da Maioria. 13. Democracia e Justiça Constitucional. 14. Os Valores da Democracia.

A) Constituição

1. O Constitucionalismo Moderno

I – As “Leis Fundamentais” das monarquias anteriores aos séculos XVIII e XIX não regulavam senão muito esparsamente a atividades dos governantes e não traçavam com rigor as suas relações com os governados; eram difusas e vagas; vindas de longe, assentavam no costume e não estavam ou poucas estavam documentadas por escrito; apareciam como uma ordem suscetível de ser moldada à medida da evolução das sociedades. Não admira, por isso, que se revelassem inadaptadas ou insuportáveis ao iluminismo, ou que este as desejasse reconverter, e que as queixas acerca do seu desconhecimento e do seu desprezo – formuladas na Declaração de 1789 ou no preâmbulo da Constituição portuguesa de 1822 – servissem apenas para sossegar espíritos inquietos perante as revoluções liberais e para criticar os excessos do absolutismo.

Diferentemente, o constitucionalismo moderno – produto da rutura histórica ocorrida no século XVIII nas ideias e nos factos, ou apenas nas ideias – tende a disciplinar toda a atividade dos governantes e todas as suas relações com os governados; declara uma vontade autónoma de refundação da ordem jurídica; e declarando-a, pretende abarcar todo o âmbito do Estado, através de normas adequadas aos fins assumidos por governantes e governados em cada época histórica.

Como sintetiza Georges Burdeau, a Constituição aparece não já como um resultado, mas como um ponto de partida; já não é descritiva, mas criadora; a sua razão de ser não se encontra na sua vetustez, mas no seu significado jurídico; a sua força obrigatória decorre não do fatalismo histórico, mas da regra de direito que exprime¹.

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

¹ *Traité de Science Politique*, IV, 2ª ed., Paris, 1969, págs. 23 e 24.

II – O constitucionalismo moderno adota uma atitude voluntarista perante o Direito em geral e perante a Constituição em especial.

Vontade, porém, implica poder. Vontade de fazer ou refazer a Constituição implica poder constituinte. A Constituição, como ato de vontade, é também ato de poder. E, tomada ou não como um novo contrato social, torna-se incindível da coletividade.

Todavia, a Constituição moderna aspira a ser também produto da razão e serviço da razão. Coeva, no seu início, do jus-racionalismo e do iluminismo, a Constituição vai procurar, mais do que a institucionalização, a racionalização das relações políticas. Esta marca vai atravessar todos ou quase todos os regimes políticos e tipos constitucionais – liberais, do Estado social de Direito, marxistas-leninistas, fascistas – até aos nossos dias. Só os critérios variam consoante as ideologias e as estruturas do país de que se trate.

Decretada em certo momento, voltada para o futuro, esta Constituição teria sempre de revestir a forma de lei, de lei constitucional. E regista-se, com não menor evidência, como coincidem o triunfo da lei como fonte de Direito e o aparecimento da Constituição – e Constituição escrita. Lei significa emanação do Direito por obra da autoridade, lei constitucional emanação do Direito por obra da autoridade constituinte.

Eis então como elementos caracterizadores do constitucionalismo, independentemente das conceções de sucessivos e, por vezes, contrastantes regimes políticos:

- a) A Constituição como *fundação* ou *refundação do ordenamento estatal*;
- b) A Constituição como *sistematização racionalizadora* das normas estatutárias do poder e da comunidade;
- c) A Constituição como *lei*, como conjunto de normas de fonte legal, e não consuetudinária ou jurisprudencial (mesmo se, depois, acompanhadas de normas destas origens).

III – A estes elementos importa acrescentar a supremacia que a Constituição obtém em face de todos os atos e de todas as normas que surjam nesse ordenamento. Disso tem-se logo consciência aquando das Revoluções americana e francesa, por meio de contraposição entre *poder constituinte* e *poderes constituídos*. Vale a pena recordar Hamilton e Sieyès.

Escreve Hamilton: “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria como que sustentar que o procurador é maior que o mandante, que os representantes do povo são superiores a esse mesmo povo, que aqueles que agem em virtude de poderes concedidos podem fazer não só o que o que eles autorizam mas também aquilo que proíbem. O corpo legislativo não é o juiz constitucional das suas atribuições. Torna-se mais razoável admitir os tribunais como elementos colocados entre o povo e o corpo legislativo, a fim de manterem este dentro dos limites do seu poder. Portanto, a verificar-se uma inconciliável divergência entre a Constituição e uma lei deliberada pelo órgão legislativo, entre uma lei superior e uma lei inferior, tem de prevalecer a Constituição”².

² *The Federalist Papers*, 1787, trad. *O Federalista*, Brasília, 1984, p. 574-575.

Por seu lado, Sieyès referindo-se às leis *constitucionais*, diz que elas são *fundamentais*, não porque possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e atuam com base nelas não as podem afetar. “A Constituição não é obra do poder constituído, mas sim do poder constituinte. Nenhum poder delegado pode alterar as condições da sua delegação”³.

Levadas às últimas consequências, estas afirmações equivaleriam a considerar a Constituição não apenas como *fundação* mas também como *fundamentação* do poder público e de toda a ordem jurídica. Porque é a Constituição que estabelece os poderes do Estado e que regula a formação das normas jurídicas estatais, todos os atos e normas do Estado têm de estar em relação positiva com as normas constitucionais, para participarem também eles da sua legitimidade; têm de ser conformes com estas normas para serem válidos.

No entanto, a ideia de Constituição como fonte originária, em termos lógico-jurídicos, do ordenamento estatal, como fundamento de validade das demais normas jurídicas e como repositório de normas diretamente invocáveis pelos cidadãos, não surgiu logo ou da mesma maneira em ambas as margens do Atlântico. Uma coisa é a verificação *a posteriori* que a doutrina possa fazer, outra coisa o processo histórico de formação dos imperativos normativos e dos correspondentes instrumentos conceituais.

Nos Estados Unidos, até porque a Constituição de 1787 foi o ato constitutivo da União, muito cedo se apercebeu que ela era também, por isso mesmo, a norma *fundamentadora* de todo o sistema jurídico. Daí o passo acabado de citar de Hamilton (assim como, de certo modo, o art. vi, nº 2, qualificando-a de “Direito supremo do País”); e daí o corolário retirado, a partir de 1803, pelo Supremo Tribunal de uma faculdade de apreciação da constitucionalidade das leis.

Já na Europa e na América Latina (onde as vicissitudes políticas e constitucionais viriam a ser muito menos lineares e mais complexas que nos Estados Unidos) o caminho para o reconhecimento de um verdadeiro e pleno primado da Constituição foi mais longo, por três razões principais: porque, tendo em conta o absolutismo precedente, toda a preocupação se reportava à reestruturação do poder político (em especial, do poder do Rei); porque prevalecia o entendimento da lei (ordinária) como expressão ou da razão ou da vontade geral; e porque não se quis ou não se pôde instituir senão no século XX formas de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade.

2. Da Constituição Liberal às Constituições Atuais

I – O constitucionalismo moderno desponta, como se sabe, estreitamente ligado a certa ideia de Direito – a ideia de Direito liberal, de liberdade política e de limitação do poder.

O Estado só é Estado constitucional, só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos

³ *Qu'est-ce que le tiers Etat?*, 1789, na edição crítica de Roberto Zappeni, Genebra, 1974, p. 180-181.

usufruem de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. Ou, relendo o art. 16º da Declaração de 1789, “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem *direitos* contra ele, imprescritíveis e invioláveis. Em vez de um órgão único, o Rei, passa a haver outros órgãos, tais como Assembleia ou Parlamento, Ministros e Tribunais independentes – para que, como preconiza Montesquieu, o poder trave o poder. Daí a necessidade duma Constituição desenvolvida e complexa: pois quando o poder é mero atributo do Rei e os indivíduos não são cidadãos, mas sim súbditos, não há grande necessidade de estabelecer em pormenor regras do poder; mas, quando o poder é decomposto em várias funções apeladas de *poderes do Estado*, então é mister estabelecer certas regras para dizer quais são os órgãos a que competem essas funções, quais são as relações entre esses órgãos, qual o regime dos titulares dos órgãos etc.

A ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens e cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos.

Mas o constitucionalismo liberal tem ainda de buscar uma legitimidade que se contraponha à antiga legitimidade monárquica; e ela só pode ser democrática, mesmo quando na prática e nas próprias leis constitucionais daí se não deduzam todos os corolários. A Constituição é então a auto-organização de um povo (de uma nação, na aceção revolucionária da palavra), o ato pelo qual um povo se obriga e obriga os seus representantes, o ato mais elevado de exercício da soberania (nacional ou popular, consoante o entendimento que se perfilhe).

II – No século XX o fenómeno constitucional iria sofrer duas vicissitudes decisivas: generalizar-se-ia, universalizar-se-ia; e, simultaneamente, perderia a sua referência (ou referência necessária) a um conteúdo liberal.

Por um lado, todos os regimes adotam uma Constituição (no sentido moderno), desde aqueles que, de uma maneira ou de outra, mantêm Constituições vindas de época anterior e os que consagram evolutivamente exigências sociais (o Estado social de Direito) até aos que pretendem instaurar-se de novo (o Estado marxista-leninista, o fascista e fascizante, o de fundamentalismo islâmico). E, do mesmo modo, todos os Estados que vão acedendo à comunidade internacional se dotam de Constituições como verdadeiros símbolos de soberania.

Deixa de se considerar como padrões fundamentais da vida coletiva as liberdades individuais e a separação de poderes para, ou acrescentar-lhes direitos económicos, sociais e culturais (o Estado social de Direito), ou para acolher diferentes sentidos da pessoa humana e do povo e diferentes tarefas do poder político (o Estado

marxista-leninista, o fascista e fascizante e o de fundamentalismo islâmico). Mas, por toda a parte, persiste ou triunfa o desígnio de uma estruturação racionalizada e exaustiva do estatuto do Estado, a vontade de fazer da Constituição uma representação de como devem ser o poder e a comunidade política.

III – O contraste de projetos e de conteúdos, sobretudo ideológicos, das Constituições permite, e recomenda mesmo, algumas classificações.

Uma das mais representativas é a alvitada por Karl Loewenstein e toma por critério “a análise ontológica da concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder” e por ponto de apoio a tese de que uma Constituição é o que os detentores do poder dela fazem na prática – o que, por seu turno, depende, em larga medida, do meio social e político em que a Constituição deve ser aplicada.

Seguindo este critério, há Constituições *normativas*, *nominais* e *semânticas*. As primeiras são aquelas cujas normas dominam o processo político, aquelas em que o processo do poder se adapta às normas constitucionais e se lhes submete. As segundas são aquelas que não conseguem adaptar as suas normas à dinâmica do processo político, pelo que ficam sem realidade existencial. As terceiras são aquelas cuja realidade ontológica não é senão a formalização da situação do poder político existente em benefício exclusivo dos detentores de facto desse poder. Ao passo que as Constituições normativas limitam efetivamente o poder político e as Constituições nominais, embora o não limitem, ainda têm essa finalidade, as Constituições semânticas apenas servem para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores de facto na comunidade⁴.

Poderá, não sem razão, observar-se que a taxonomia constitucional de Loewenstein é elaborada em face de uma Constituição ideal, e não da imbricação dialética Constituição-realidade constitucional, pelo que acaba por ser uma classificação axiológica ligada à concordância entre Constituição normativa e democracia constitucional ocidental. Mas, não sem menos razão, poderá igualmente observar-se que ela vem pôr em relevo as diferentes funções da Constituição por referência àquilo que foi o modelo inicial da Constituição moderna – a Constituição limitativa e garantista liberal; assim como vem, por outro lado, ajudar a captar os diversos graus de efetividade de normas e institutos pertencentes a determinada Constituição.

Independentemente dos juízos de valor a formular sobre a realidade política e independentemente das funções que se reconheça exercerem, duma maneira ou doutra, todas as Constituições, é irrecusável que Constituições existem que se revelam *fundamento* (em concreto) da autoridade dos governantes e que outras se revelam, sobretudo, *instrumento* de que eles se munem para a sua ação; Constituições que consignam direitos e liberdades *fundamentais* perante ou contra o poder e Constituições que os funcionalizam aos objetivos do poder; Constituições que valem ou se impõem por si só e Constituições meramente *simbólicas*, na expressão de Marcelo Neves⁵.

⁴ Reflections on the Value of Constitutions in our Revolutionary Age, in: *Constitutions and Constitutional Tender after World War II*, obra coletiva, II, Nova Iorque, 1951, p. 191 e ss.

⁵ *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, 1994, maxime p. 83 e ss.

3. A Pluralidade de Constituições Materiais

I – De tudo quanto acaba de se aduzir resulta que o conteúdo da Constituição se relativiza e acusa variações consoante os regimes políticos. E a cada regime – ou seja, a cada conceção básica acerca da comunidade e do poder, dos fins que este prossegue e dos meios de que se serve – vai corresponder um determinado entendimento da Constituição em sentido material.

Consequentemente, a Constituição de qualquer Estado distingue-se da Constituição de outro Estado em razão do regime político que adota; assim como a mudança de regime político que nele ocorra determina uma mudança de Constituição – do desígnio que se lhe atribui, dos termos como enquadra a vida coletiva, dos direitos que garante ou deixa de garantir, da correspondente ordem económico-social.

II – Não é, de resto, só a respeito do regime político que esta pluralidade, simultânea ou sucessiva, de Constituições se apresenta. É também, desde logo, no tocante à forma de Estado e, depois, no tocante à forma de governo, ao sistema de governo e à forma institucional:

- forma de Estado ou modo de o Estado dispor o seu poder em face de outros poderes de igual natureza (com coordenação ou com subordinação) e quanto ao povo e ao território;
- forma de governo ou forma de a comunidade política organizar o seu poder e estabelecer a diferenciação entre governantes e governados;
- regime político ou resposta aos problemas de legitimidade, de liberdade, de participação e de unidade ou divisão de poderes;
- sistema de governo ou sistema de órgãos da função política e estatuto dos governantes;
- forma institucional ou expressão institucional e simbólica da representação ou da chefia do Estado.

São, obviamente, diversas, por exemplo, a Constituição de um Estado unitário e a de um Estado federal; a Constituição de um governo representativo e a de um governo jacobino; a de um regime liberal democrático e a de um regime autoritário ou totalitário; a de um sistema parlamentar e a de um sistema presidencial, a de uma monarquia e a de uma república.

Assim como, evidentemente, é diversa a Constituição de um Estado como Estado soberano da Constituição desse mesmo Estado enquanto reduzido a Estado membro de uma federação ou de união real; e vice-versa.

Eis escolhas básicas que se decidem em cada momento histórico.

III – À Constituição em sentido material, estatuto jurídico ou ordenação racionalizante e sistemática do Estado, pode corresponder historicamente um só conteúdo (como acontecia, na ótica do regime político, na era liberal) ou pode corresponder uma pluralidade de conteúdos (como vem sucedendo depois). E esse conteúdo em cada Estado e em cada tempo plasma-se em princípios jurídicos

específicos, explícita ou implicitamente – os princípios que, abrangendo também a forma de Estado, a forma de governo, o sistema de governo e a forma institucional, no seu conjunto dão corpo a uma *Constituição material*.

Uma Constituição não se reduz, por certo, a esses princípios, a esses princípios fundamentais. Ela surge, aparentemente, como um somatório de preceitos. Porém, são esses princípios e outros com eles conexos que lhe conferem unidade, identidade e durabilidade, de acordo com um postulado elementar de coerência. Voltaremos a este tema adiante.

IV – *Constituição material* é, pois, o acervo de princípios fundamentais estruturantes e caracterizantes de cada Constituição em sentido material positivo; aquilo que lhe confere substância e identidade; a manifestação direta e imediata de uma ideia de Direito que prevalece em certo tempo e lugar (seja pelo consentimento, seja pela adesão passiva); a resultante primária do exercício do poder constituinte material; e, em democracia, a expressão máxima da vontade popular livremente formada.

Sem se fechar no seu instante inicial ou numa conformação estrita, a Constituição material vem a ser aquilo que permanece enquanto mudam os preceitos ou as regras através de sucessivas revisões ou por outras formas ou vicissitudes. Em dialética constante com as situações e os factos da vida política, económica, social e cultural – com aquilo a que se vai chamando *realidade constitucional* – a necessidade da sua permanência torna-se requisito de segurança jurídica.

Os preceitos ou as regras mudam; os princípios – mesmo se não imunes à evolução e a variações de sentido dentro do seu âmbito imanente – não podem ser afetados. Passar de uns princípios a outros (dos princípios respeitantes à forma de Estado, ou ao regime, ou à forma de governo, ou ao sistema de governo, ou à forma institucional) significaria passar de uma Constituição a outra.

Por isso, tem sido frequente as próprias Constituições, logo no início dos seus textos ou, quando existem, em cláusulas pétreas de limites materiais de revisão, sintetizarem os princípios que dão o seu cerne material. É o que se verifica na atual Constituição portuguesa nos seus arts. 1º e 2º e no art. 288º ou na Constituição brasileira, no art. 1º e no art. 60, §4º.

B) Democracia

4. Democracia e Soberania do Povo

I – Por democracia entende-se a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos (quer dizer dos membros da comunidade política) e em que é exercido de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos.

Não é simples titularidade do poder no povo ou reconhecimento ao povo da origem ou da base da soberania. Não basta declarar que o poder em abstrato pertence

ao povo, ou que já lhe pertenceu num momento pretérito e que ele o exerceu de uma vez para sempre – donde uma legitimidade de tipo democrático. Nem que o poder constituinte, a aprovação da Constituição positiva, compete ao povo, ficando os poderes constituídos para os governantes.

Democracia exige exercício do poder pelo povo, pelos cidadãos, em conjunto com os governantes; e esse exercício deve ser atual, e não potencial, deve traduzir a capacidade dos cidadãos de formarem uma vontade política autónoma. Mais: democracia significa que a vontade do povo, quando manifestada nas formas constitucionais, deve ser o critério de ação dos governantes⁶.

II – Numa análise puramente normativa, sem dúvida o poder, a soberania não pode ser senão um poder do Estado, tal como (mas por maioria de razão) o povo e o território só são povo e território dentro do Estado. O poder não se identifica com o Estado, mas somente o Estado tem poder ou soberania (soberania pessoal e soberania territorial).

A doutrina clássica alemã da soberania do Estado continua válida, desde que assim entendida: a soberania é do Estado como entidade jurídica global e complexa, e não dos órgãos do Estado, nem dos titulares dos órgãos, nem do povo, porque ligá-la aos órgãos – meros centros institucionalizados de formação da vontade – ou aos governantes ou aos governados – indivíduos atomisticamente considerados – significaria fracioná-la em visão unilateral.

Se se conceber o Estado como sujeito de direito, como pessoa coletiva de Direito interno e de Direito internacional, melhor se apreenderá ainda esta inserção da soberania na sua estrutura.

Olhando ao Direito interno, a soberania surge como um feixe de faculdades ou direitos que o Estado exerce relativamente a todos os indivíduos e a todas as pessoas coletivas de Direito público e privado existentes dentro do seu ordenamento jurídico. A definição das condições dessas pessoas, a atribuição da capacidade de direitos, a imposição de deveres e de sujeições, eis então algumas das manifestações do poder político.

O povo não é, porém, objeto da soberania. Configurado o Estado como pessoa coletiva, o povo ou coletividade de cidadãos tem de ser, antes, o substrato de tal pessoa jurídica. Apenas cada indivíduo ou cada uma das instituições em que os indivíduos se incorporam podem ser objeto de direitos compreendidos na soberania ou, mais rigorosamente, sujeitos de relações jurídicas com o Estado.

Algo de análogo se passa na ordem externa. Soberania aqui equivale ou à própria subjetividade ou personalidade de Direito internacional do Estado ou à capacidade plena de gozo e de exercícios dos direitos conferidos pelas normas internacionais. Um Estado diz-se soberano, como se sabe, quando pode manter relações jurídico-internacionais ou, em sentido mais restrito, quando tem a totalidade daqueles direitos e, assim, participa em igualdade com os demais Estados na comunidade internacional.

⁶ Sobre toda esta matéria, v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, VII, Coimbra, 2007, p. 59 e ss., e Autores citados.

III – O que acaba de ser recordado não esgota o exame do poder no Estado, porquanto logo se vê que é imprescindível definir as posições relativas dos governantes e do povo perante ele.

O ponto de clivagem fundamental de todas as formas de governo está nisto. Ou os governantes (certo ou certos indivíduos) governam em nome próprio, por virtude de um direito que a Constituição lhes reserva, sem nenhuma interferência dos restantes cidadãos na sua escolha ou nos seus atos de governantes. Ou os governantes governam em nome do povo, por virtude de uma investidura que a Constituição estabelece a partir do povo, e o povo tem a possibilidade de manifestar uma vontade jurídica e politicamente eficaz sobre eles e sobre a atividade que conduzem.

No primeiro caso, estamos diante de autocracia (com diferentes concretizações históricas, a que correspondem também diversas formas de governo). No segundo caso, diante da democracia.

Poderá talvez atalhar-se que esta distinção não deixa de ser excessivamente formal. A objeção, porém, não procede, pois para qualificar qualquer regime político não basta ler as proclamações constitucionais, importa confrontá-las com as consequências que o Direito, decretado e vivido, extrai das mesmas; e, se se recorrer a uma investigação interdisciplinar para se procurar o suporte real do poder (Chefe do Estado, Parlamento, Executivo, órgãos formais ou partidos, governantes ou classes dominantes etc.), haverá sempre aí que concluir pela coincidência ou não do efetivo exercício do poder com o título jurídico da sua atribuição ou não ao povo.

IV – Para designar o princípio democrático, a Revolução Francesa cunhou as locuções “soberania do povo” e “soberania nacional”, as quais persistem ainda em numerosas Constituições, na linguagem doutrinal e no contraditório político.

Trata-se de uma réplica ou de uma importação do conceito de soberania do príncipe ostentado pelas monarquias absolutas. À ideia de que os reis eram soberanos nos seus Estados, de que não deviam obediência a ninguém, de que eram até superiores a todas as leis, substituiu-se a ideia de que o povo era o único soberano, de que toda a autoridade dele dimanava e que a lei devia ser a expressão da sua vontade. Ao direito divino dos reis sucederia o direito divino dos povos.

Com efeito, se a certa altura, no moderno Estado europeu, se pôde afirmar que os reis eram soberanos foi apenas porque eram os órgãos únicos ou supremos de Estados, que já não dependiam do Papa ou do Sacro Império, nem se compadeciam com autoridades feudais. É sabido que, aproveitando a identificação entre poder central e poder real, os teóricos do absolutismo dos séculos XVI a XVIII quiseram ir mais além e afirmar uma soberania sem limites jurídicos. Mas isso mais não era que um desvio, de que nem sempre se aperceberam os políticos e juristas quando supuseram transferir a soberania dos governantes para o povo.

Por isso, não pode entender-se, apesar da apontada transposição, que a soberania do povo deva ser ilimitada, sob pena de se abrir a porta à democracia absoluta. Pois esta, nas suas principais concretizações conhecidas (jacobina, cesarista

e soviética), encontra-se nos antípodas dos princípios enformadores da democracia representativa, por ser tão negadora como a monarquia absoluta das liberdades individuais e institucionais e tão contrária como ela aos processos jurídicos de limitação do poder político que o constitucionalismo se esforçou por instituir.

Por outro lado, tomar a soberania do povo no sentido de supremacia do povo no Estado tem de ser entendido em termos hábeis. Se tal supremacia significa a necessidade de os governantes serem da confiança política do povo que os elege, e se significa mesmo que ao povo incumbe (ou deve incumbir) o poder de tomar certas decisões através de eleição ou referendo, nenhuma objeção há a fazer. Se soberania ou supremacia do povo significa, porém, superintendência sobre os governantes e continua subordinação destes às injunções dos eleitores, então ela é desmentida pelas instituições e pela prática da democracia representativa que, rejeitando o mandato imperativo e procurando assegurar um mínimo de estabilidade governativa, impede os cidadãos de determinar (salvo em caso de referendo) atos em concreto dos governantes.

5. O Princípio Representativo

I – Não há representação política, quando (para empregar uma expressão de Carl Schmitt)⁷ se verifica identidade – seja em monarquia (pura), seja em democracia direta – entre os titulares do poder e os governantes, quando os governados tendem a ser, simultaneamente, governantes ou quando a divisão entre governantes e governados se põe ao nível da distinção dos destinatários de normas jurídicas e não ao nível de uma distinção funcional.

Pelo contrário, representação postula inidentidade e, depois, relação. Ela redundaria num fenómeno de relação e de comunicação: para que os governantes apareçam como representantes dos governados tem de haver essa distinção e essa relação.

Para se analisar o seu conceito há que distinguir entre representação do Estado e representação do povo; entre representação de grupos existentes por si e representação de toda a coletividade; entre representação gerada por um ato de vontade e representação decorrente de um facto jurídico ou *ope legis*. Só é representação política em sentido restrito e próprio a representação do povo, e do povo todo, fundada num ato de vontade (a eleição) e destinada a institucionalizar, com variável amplitude, a sua participação no poder.

II – Em primeiro lugar, na representação política não se cuida da representação do Estado:

a) Nem como expressão ou símbolo da unidade do Estado – pois nesse sentido todo o governante representa o Estado e haveria tanto mais representação quanto menor fosse a participação do povo e maior a concentração de poderes num único governante;

⁷ *Verfassungslehre*, 1927, trad. *Teoría de la Constitución*, Madrid, 19234 (reimpressão, México, 1966), p. 236 e ss.

b) Nem como essência dos seus órgãos – pois o órgão não representa o Estado, é um elemento do Estado, e os atos que pratica são-lhe diretamente imputados sem distinção de esferas jurídicas;

c) Nem como função ou competência cometida pelo Direito positivo a certos órgãos em relações jurídicas em que o Estado intervenha (como o *jus raepresentationis omnimodae* conferido pelo Direito internacional comum) aos Reis e aos Presidentes da República.

Cuida-se, sim, da representação do povo enquanto modo de tornar o povo (ou o conjunto dos governados) presente no exercício do poder através de quem ele escolha ou de quem tenha a sua confiança. A representação política é o modo de o povo, titular do poder, agir ou reagir relativamente aos governantes.

III – Em segundo lugar, representação política implica consideração unitária do povo e realização de fins e interesses públicos (com relevância ou não de outros interesses que realmente existam na sociedade, muitas vezes em conflito). As pessoas nela investidas representam toda a coletividade e não apenas quem as tenha designado (é o princípio explicitado, em Portugal, no art. 152º, nº 2, da Constituição).

Mais ainda: não é só cada parlamentar que representa todo o povo, nem são todos os parlamentares que representam cada cidadão; são *todos* os parlamentares que representam todo o *povo* (e daí o art. 147º, ainda da Constituição portuguesa, ao definir a Assembleia da República como a assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses). Se assim não fosse, eles não poderiam deliberar sobre os assuntos do Estado.

Compreende-se, deste jeito, que tenha de se excluir do seu âmbito a representação estamental ou de “estados”, vestígio da desagregação medieval da sociedade política; que a doutrina da soberania popular ou fracionada de Rousseau não se compadeça com o sistema representativo; que seja proibido o mandato imperativo; e que a mera representação de interesses, à imagem de uma noção orgânica ou corporativa de povo, só possa aproveitar-se para a constituição de órgãos consultivos, e não para a de órgãos deliberativos do Estado.

Ora, não serão contraditórios com esta ideia de unidade a divisão do território eleitoral em círculos ou distritos, as eleições parciais a meio da legislatura em sistemas de círculos uninominais (previstos em alguns países) e os sistemas de representação proporcional? Não: os círculos ou distritos eleitorais, para lá de expedientes de ordem técnica, servem para personalizar as escolhas dos eleitores e neles existe (ou deve existir, por imperativo da igualdade) uma proporção entre o número de eleitores inscritos e o número de representantes a eleger; as eleições parciais destinam-se a completar a composição efetiva dos Parlamentos em caso de vagas; e a representação proporcional, se espelha a divisão de posições partidárias, assume, do mesmo passo, um papel integrador dentro do contraditório político.

IV – Em terceiro lugar, não há representação política sem eleição, ato jurídico ou feixe de atos jurídicos. Contudo, a inversa não é verdadeira: v. g., além das monarquias

eletivas, a eleição de juízes de Tribunais Constitucionais ou de titulares de outros órgãos independentes pelo Parlamento [arts. 163º, alíneas *h*) e *i*), e 222º, nº 1, da Constituição portuguesa].

O elemento volitivo patente na eleição habilita então a falar num mandato, na medida em que são os eleitores que, escolhendo este e não aquele candidato, aderindo a este e não àquele programa, constituindo esta e não aquela maioria de governo, dinamizam a competência constitucional dos órgãos e dão sentido à atividade dos seus titulares (apesar de não lhes poderem definir o objeto).

Um mandato, porém, de Direito público, inassimilável ao mandato de Direito privado. Pois a representação política é uma espécie de representação necessária imposta por lei, ao passo que o mandato representativo civil pressupõe representação voluntária. Nem há transferência de poderes: os representantes eleitos são simples titulares de órgão com competências constitucionalmente prescritas (se bem que uma Constituição democrática seja, direta ou indiretamente, obra do povo e, assim, os poderes dos representantes provenham do povo).

Como escreve Giovanni Sartori, é verdade que na representação política não há *contemplatio domini*, mas há uma *contemplatio electionis* que faz as suas vezes. É verdade que o mandato de deputado não é revogável à vontade pelos seus representados, mas a sua irrevogabilidade não é inamovibilidade e deve considerar-se que, para efeito prático, eleições periódicas correspondem (na expressão de Carré de Malberg) a uma “faculdade intermitente de revogação”. É verdade que não há modo de obrigar o representante a ajustar-se ao cargo recebido, mas seria mais exato dizer que a diferença vale *pro tempore* e que a ausência de obrigação direta e formal consegue tão somente impedir a instauração de uma submissão indireta e substancial⁸.

Diferente da representação política é a *representação institucional*, em que a investidura nos cargos políticos se faria mediante índices reveladores da capacidade de captar a vontade e os interesses da coletividade; por inerência, por cooptação ou por sucessão hereditária (assim, o art. 11º da Constituição imperial brasileira de 1824, o art. 12º da Carta Constitucional portuguesa de 1826 ao declararem o Imperador e o Rei “representante da Nação”).

Mas a representação institucional, se pode ser adequado meio de expressão de determinadas instituições (v. g., a família, as confissões religiosas, certas instituições culturais, as Forças Armadas) e se pode bem articular-se com a *representação de interesses*, nunca cobre toda a riqueza da vida política, nem sequer a das instituições sociais; e revela-se completamente inidónea para a formação de tendências e aspirações gerais e para a tomada de qualquer decisão obrigatória para toda a coletividade. Um Estado corporativo – como pretendeu ser, sem nunca conseguir – o da Constituição portuguesa de 1933 – seria antagónico de um Estado democrático representativo.

⁸ *Parties and Party systems*, Cambridge, 1976, p. 84.

6. O Princípio Representativo e os Partidos Políticos

I – O peso dos partidos na vida pública reflete-se necessariamente sobre os mecanismos representativos.

Uma tese radical tenderia a afirmar que a representação política se converteu em representação partidária, que o mandato verdadeiramente é conferido aos partidos e não aos parlamentares e que os sujeitos da ação parlamentar acabam por ser não os parlamentares, mas os partidos ou quem aja em nome destes. Por conseguinte, deveriam ser os órgãos dos partidos a estabelecer as posições a adotar pelos deputados, sujeitos estes a uma obrigação de fidelidade.

Esta conceção levada às últimas consequências – com os diretórios, as comissões políticas ou os secretariados exteriores ao Parlamento a impor aos deputados e aos senadores o sentido do voto ou, no limite, a impor a suspensão ou a cessação do seu mandato – transformaria a assembleia política em câmara corporativa de partidos e retirar-lhe-ia a própria qualidade de órgão de soberania, por afinal deixar de ter capacidade de livre decisão. Se a democracia assenta na liberdade política e na participação, como admitir que nos órgãos dela mais expressivos, os Paramentos, os deputados e senadores ficassem privados de uma e outra coisa?

Estaria ainda bem patente a preterição da igualdade política dos cidadãos. Pois só os que fossem filiados em partidos poderiam (admitindo democraticidade interna) interferir, através dos respetivos órgãos, na condução das atividades parlamentares. Os outros cidadãos teriam o sufrágio reduzido a uma espécie de contrato de adesão.

O entendimento mais correto, dentro do espírito do sistema, parece dever ser outro. A representação política hoje não pode deixar de estar ligada aos partidos, mas não converte os deputados e senadores em meros porta-vozes dos seus aparelhos. Pode dizer-se que o mandato parlamentar é (salvo em situações marginais) conferido tanto aos deputados e como aos senadores como aos partidos; não é aceitável substituir a representação dos eleitores através dos eleitos pela representação através dos dirigentes partidários, seja qual for o modo por que estes sejam escolhidos.

Dando como certo o carácter bivalente da representação política, importa procurar o enlace, o ponto de encontro específico de partidos e parlamentares. E esse enlace não pode ser senão o que oferecem os grupos parlamentares como conjuntos dos deputados e senadores eleitos pelos diversos partidos. São os grupos parlamentares ou bancadas que exercem as faculdades de que depende a atuação dos partidos nas assembleias políticas e só eles têm legitimidade democrática para deliberar sobre o sentido do seu exercício, não quaisquer outras instâncias ou centros de decisão extraparlamentares. E por aqui se afastam quer uma pura conceção individualista, vendo o deputado ou o senador isolado ou desinserido de uma estrutura coletiva, quer uma pura conceção partitocrática em que os aparelhos ou “as bases” se sobrepusessem aos parlamentares e aos seus eleitores.

Nem se excluem, assim, os corolários mais importantes do regime de eleição mediatizada pelos partidos, designadamente quanto à disciplina de voto ou à perda

de mandato do deputado ou senador que mudar de partido. Pelo contrário, eles ficam vistos à sua verdadeira luz, a qual, em sistema democrático, só pode ser a da liberdade e da responsabilidade políticas. Pois, se os grupos parlamentares ou as bancadas implicam uma avançada institucionalização dos partidos, são, ao mesmo tempo um anteparo ou um reduto da autonomia individual e coletiva dos deputados e senadores – dos deputados e senadores que, por serem eles a deliberar, mais obrigados ficam a votar, pelo menos nas questões políticas principais (subsistência do Governo, orçamento, leis e tratados mais importantes) conforme a maioria se pronunciou; e a objeção de consciência só se justifica no limite.

Dai também a mais que duvidosa validade jurídica do voto de deputados e senadores seguindo o seu partido e fazendo, ao mesmo tempo, declarações de voto, oral ou escrita, a justificar a posição diferente que prefeririam ter assumido.

7. O Princípio da Responsabilidade Política

I – A representação política implica a responsabilidade política, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos governantes, a sujeição a um juízo de mérito sobre os seus atos e atividades por parte dos governados e a possibilidade da sua substituição por ato destes.

Na democracia direta não existe este mecanismo. Por outro lado, a diferença entre a eleição em sistema representativo e a eleição à sua margem está em que, nesta, os eleitos são independentes dos eleitores, e até lhes podem ser considerados ou ficar superiores (como sucedia nas antigas monarquias eletivas e sucede com o Papa em relação ao colégio dos cardeais).

II – Trata-se, antes de mais, de uma responsabilidade *difusa*. O Presidente da República, os senadores e os deputados representam todo o povo; logo, respondem perante todo o povo, e não apenas perante quem neles votou ou perante quem os elegeu, nos diferentes círculos ou distritos.

Nisto se distingue da outra forma de responsabilidade política, a responsabilidade *inter-orgânica* ou *responsabilidade-fiscalização*, que é aquela que se verifica do Governo perante o Parlamento ou perante o Presidente da República, conforme os diferentes sistemas políticos, e que tem como consequência, se efetivada, a demissão ou a cessação de funções.

Responsabilidade difusa, aliás, porque realizada:

- a) Através da crítica dos cidadãos no exercício das liberdades fundamentais (em especial, de expressão e de manifestação), o que pressupõe o direito de eles serem esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e demais entidades públicas e de serem informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos (art. 48º, nº 2, da Constituição portuguesa);
- b) Através das eleições no final dos mandatos, *maxime* através de não reeleição ou não recondução ou da não eleição de candidatos que apareçam identificados com os titulares cessantes;

c) Através de eleições para outros órgãos (*v.g.*, de municípios) com significado político relevante.

E, como sublinha Antonio d'Atena, o intervalo entre os atos eleitorais introduz um elemento de racionalização. Limitar a decisão do povo às escolhas periódicas dos representantes significa criar condições para a apreciação dos seus atos menos emotivamente e para que o juízo popular tenha por objeto não tanto cada uma das decisões quanto a complexa atividade por eles desenvolvida ao longo do tempo⁹.

Por isso, a revogação popular do mandato adotada em alguns Estados e municípios dos Estados Unidos (*recall*), em alguns cantões suíços ou nas Constituições de Weimar, da Áustria e da Venezuela deve ter-se por excepcional; só o não era, porventura, em Constituições marxistas-leninistas estranhas ao princípio representativo (como no art. 65º da atual Constituição cubana).

III – A responsabilidade política dos titulares de cargos políticos, especialmente dos titulares de cargos políticos executivos, pode assumir contornos de responsabilidade objetiva, na medida em que eles devem igualmente ser considerados solidariamente responsáveis por ações ou omissões graves dos seus subordinados imediatos que afetem o interesse público.

Então, por um princípio de ética, pode vir a impor-se a sua demissão, a sua destituição ou a sua renúncia, consoante os casos.

IV – Mas a responsabilidade política é também uma responsabilidade institucional, quando manifestada através dos poderes e direitos da Oposição, decorrente do exercício coletivo ou em comum daquelas liberdades fundamentais e exigida pela necessidade de se formularem alternativas e alternâncias.

A livre atividade da Oposição individualiza os sistemas políticos pluralistas: aqui, a maioria deve governar e a minoria deve estar na oposição (entendida como fiscalização pública dos atos dos governantes); e, portanto, a Oposição não é de cidadãos individualmente considerados, mas sim a de aglutinados em partidos políticos.

V – Em última análise, responsabilidade política não se destina apenas a corrigir ou sancionar, em nome de princípios e fins prévia e imutavelmente aceites, a atividade governativa desenvolvida até certo momento. Todos os meios de efetivar a responsabilidade, *maxime* as eleições gerais, servem tanto para o povo avaliar o exercício do mandato dos governantes cessantes como para traçar um novo rumo para o futuro.

Também o povo é livre na responsabilização dos governantes.

8. O Princípio da Separação de Poderes

I – O governo representativo está, por natureza, vinculado ao princípio da separação de poderes. Em primeiro lugar, pela separação entre o exercício do poder pelo povo através das eleições e o exercício do poder pelos governantes (disso tiveram

⁹ Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali, in: *Perspectivas constitucionais*, obra coletiva, I, Coimbra, 1996, p. 443.

consciência logo os autores liberais, preocupados com a garantia das liberdades). Depois, pela necessidade de equilíbrio entre os órgãos eletivos.

Justifica-se recordar as implicações básicas do princípio:

- a) Pluralidade de órgãos de função política, cada qual com competência própria (incluindo de auto-organização) e não podendo nenhum ter outra competência além da fixada pela norma jurídica;
- b) Primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa, de composição pluralista e com procedimento contraditório e público;
- c) Independência dos tribunais, com reserva de jurisdição;
- d) Criação de mecanismos de fiscalização ou de controlo interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade e constitucionalidade;
- e) Divisão pessoal de poder, através de incompatibilidades de cargos públicos;
- f) Divisão temporal, através da fixação do tempo de exercício dos cargos e de limitações à sua renovação, e divisão político-temporal, por meio da previsão de durações diferentes dos mandatos e de não acumulação das datas das eleições dos titulares de órgãos representativos;
- g) Divisão territorial ou vertical, através do federalismo ou do regionalismo político e da descentralização administrativa local;
- h) Divisão funcional através da descentralização administrativa institucional (associações e fundações públicas, institutos públicos, universidades públicas).

Por outro lado, está aí uma dimensão *positiva* e uma dimensão *negativa*, de controlo e limitação de poder, no fundo em correspondência com a *faculté de statuer* e a *faculté d'empêcher* de Montesquieu¹⁰. Donde, a necessidade de um núcleo essencial de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se cuida.

II – Ainda na perspetiva da separação de poderes, cabe considerar a relação entre partidos políticos e referendo¹¹.

O referendo apenas faz sentido – tomado como instituto de propulsão, de correção ou de legitimação de decisões parlamentares – quando nele os cidadãos se sintam plenamente livres de opções e constrangimentos partidários, quando votem só motivados pela sua maneira individual de pensar, integrados ou não em movimentos cívicos de intervenção. Se o resultado referendário tivesse de redundar em mera reprodução das maiorias parlamentares, perderia autenticidade ou sentido.

Em contrapartida, pela mesma razão, o referendo não deveria incidir sobre questões inerentes a um programa de Governo ou de cuja resolução dependesse a subsistência do Governo. Senão, a não ser assim, um Governo derrotado em votação popular teria de pedir a demissão ou o Parlamento teria de ser dissolvido.

¹⁰ Recorde-se sempre e releia-se sempre o capítulo VI do livro XI de *De l'esprit des lois*, 1748.

¹¹ Sobre o referendo em geral, v. *Manual ...*, VII, *cit.*, p. 26 e ss.

O Direito português assegura a grupos de cidadãos a participação nas campanhas referendárias, com os adequados direitos de propaganda. Os partidos não ficam excluídos, mas deveriam aceitar autocontenção e, em nenhum caso, deveriam instrumentalizar esses grupos.

III – Negado em tese e, sobretudo, na prática pelo regime da Constituição de 1933, o princípio da separação de poderes ressurgiu na Constituição de 1976 com toda a nitidez e com as particularidades decorrentes quer da evolução dos tempos quer das exigências da realidade portuguesa. Não se fala, ao contrário do que sucedia nas Constituições liberais, em “Poderes do Estado”. Fala-se em “separação e interdependência dos órgãos de soberania” [arts. 111º, nº 1, e 288º, alínea j)] ou em “separação e interdependência de poderes” (no art.2º, após 1997).

Já no Brasil continua a distinguir-se o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Todavia, também não numa postura como a do século XIX.

9. Algumas Compreensões Político-Constitucionais

Importa referir – só referir – algumas das visões explicativas (e também prescritivas) do cerne da democracia moderna à luz das respetivas compreensões filosóficas e teóricas: as de Kelsen, Rudolph Laun, Joseph Schumpeter, Friedrich A. Hayek, Alf Ross, Robert A. Dahl, Karl Popper, Norberto Bobbio, Jürgen Habermas e Gustavo Zagrebelsky¹².

Para Kelsen, a ideia de liberdade é o núcleo da democracia. A igualdade entra também, mas de maneira negativa, formal e secundária: cada um deve ser o mais livre possível, logo todos devem-no ser igualmente; cada um deve participar na formação da vontade geral, logo todos devem participar de forma igual. E existe uma relação entre a posição metafísico-absolutista do mundo e a autocracia e entre a posição crítico-relativista e a democracia¹³.

Laun define a democracia como o Estado cuja Constituição positiva não repousa sobre direitos suprapositivos que possuam determinadas pessoas ou determinados grupos de pessoas à competência da soberania ou a uma parte da competência da soberania. A democracia é um Estado livre de direitos dogmáticos de domínio¹⁴.

Segundo Schumpeter, o método democrático é o sistema institucional conducente a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de estatuir sobre essas decisões na sequência de uma luta concorrencial tendo por objeto os votos do povo¹⁵.

Para Hayek, a democracia é um meio mais do que um fim – um meio de mudança pacífica de poder e de salvaguarda da liberdade individual. E a sua vantagem

¹² Ver outros Autores indicados in: *Manual ...*, VII, cit., págs. 92 e 93, nota.

¹³ *Von Wesen und Wert der Demokratie*, trad. *La Démocratie – sa nature, sa valeur*, p. 104 e 111.

¹⁴ *La démocratie – essai sociologique, juridique e de politique morale*, Paris, 1933, p. 133.

¹⁵ *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942, trad. *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, Paris, 1972, maxime p. 354 e ss.

principal não radica no método de selecionar os governantes, mas em que, com a participação ativa de uma grande parte da população na formação da opinião, se amplia o número de pessoas com capacidade para serem eleitas¹⁶.

Para Alf Ross, o tipo ideal de democracia corresponde à forma de governo em que as funções políticas são exercidas pelo povo com um máximo de intensidade, efetividade e latitude, de acordo com os métodos parlamentares¹⁷.

Robert A. Dahl liga a democracia às ideias de igualdade, autodeterminação, racionalidade e maximização das vantagens para os elementos de comunidade política. A democracia atual, de larga escala, surge como poliarquia ou conjunto de instituições indissociáveis da extensão da cidadania e da capacidade de os cidadãos se oporem aos titulares dos cargos políticos e de os afastarem pelo voto¹⁸.

Por sua vez, Karl Popper contrapõe àquilo a que chama a teoria clássica da democracia uma teoria realista. Ela há-de ser o sistema em que os governantes podem ser afastados do poder sem violência, pacificamente, através do voto da maioria¹⁹.

Bobbio sustenta que a democracia é a forma de governo em que vigoram regras gerais (as chamadas regras de jogo) que permitem aos cidadãos (como jogadores) resolver, sem recorrer à violência, os conflitos que nascem inevitavelmente numa sociedade em que se formam grupos cujos valores e interesses são contrastantes²⁰.

Habermas entende que a democracia há-de ser discursiva e deliberativa. Ela é sinónimo de auto-organização política da sociedade no seu conjunto, implicando, pois, a institucionalização de procedimentos e condições apropriadas de comunicação e o jogo combinado das deliberações institucionalizadas e das opiniões públicas²¹.

Por fim (entre os Autores indicados), é uma democracia crítica a que Gustavo Zagrebelsky preconiza, assente num espírito de possibilidade e na abertura ao tempo, mediante procedimentos em que o povo não se feche sobre si mesmo; uma democracia em que a decisão popular nada tenha de preconstituído, nem seja irrevisível ou irreversível²².

C) Democracia e Estado de Direito

10. Democracia Representativa e Estado de Direito

Mas a democracia representativa postula Estado de Direito. Postula-o pela sua complexidade organizatória e procedimental, traduzida na separação de poderes e no princípio da competência. Postula-o pela exigência de garantia dos direitos

¹⁶ *The Constitution of Liberty*, 1959, trad. *La Constitución de la Libertad*, 3ª ed., Madrid, 1978, p. 144 e ss.

¹⁷ *Why Democracy?*, 1952, trad. *Por que Democracia?*, Madrid, 1989, p. 96.

¹⁸ *Democracy and its critics*, New Haven e London, 1989, p. 96.

¹⁹ Alguns problemas práticos da democracia, in: *Balanço do século*, obra coletiva, Lisboa, 1990, p. 79-80.

²⁰ Democracia e Paz, in: *Balanço do século*, cit., p. 28.

²¹ *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, 1992, trad. *Droit et Démocratie*, Paris, 1997, p. 320, 321 e 323.

²² *Il "Crucifisso" e la Democrazia*, 2001, trad. *A Crucificação e a Democracia*, Coimbra, 2004, p. 112 e ss.

fundamentais: o direito de sufrágio e os demais direitos políticos se valem em si mesmos pelo valor da participação, valem, sobretudo, enquanto postos ao serviço da autonomia e da realização das pessoas.

Não basta proclamar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política manifestada pelos órgãos de soberania e a vontade popular manifestada por eleições. É necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada pessoa tenha a segurança da previsibilidade do futuro. É necessário que não sejam incompatíveis o elemento objetivo e o elemento subjetivo da Constituição e que, pelo contrário, eles se desenvolvam simultaneamente.

Há um enlace de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

Como salienta Jürgen Habermas, princípio democrático e princípio do Estado de Direito são princípios co-origenários. Um não é possível sem o outro, sem que, por isso, se imponham restrições ao outro. E pode-se exprimir esta intuição de “co-originariedade”, dizendo que a autonomia privada e a autonomia pública se postulam uma à outra. São conceitos interdependentes e de implicação material. Para fazer um uso *apropriado* da sua autonomia pública, garantida por direito político, é preciso que os cidadãos sejam suficientemente independentes, graças a uma autonomia privada igualmente assegurada a todos. No mesmo sentido, os membros da sociedade não desfrutarão igualmente de uma igual autonomia privada – as liberdades de ação subjetiva não terão para eles o “mesmo valor” – senão na medida em que, como cidadãos, façam um uso apropriado da sua autonomia pública²³.

Ou, segundo Castanheira Neves, com o “Estado de Direito Democrático” vê-se o Estado democrático a culminar no Estado de Direito, tal como o princípio democrático a realizar-se plenamente no princípio do direito – “só o direito é útil ao povo”²⁴.

11. O Estado Democrático de Direito

É, justamente, aqui que a Constituição aparece como fundamento e não como instrumento de poder. É justamente aqui que se fala em Estado de Direito democrático

²³ Le paradoxe de l'État de droit démocratique, trad., in: *Les Temps Modernes*, set.-out. de 2000, p. 78; e, em português, *Teoria Política*, Lisboa, 2015, p. 133.

²⁴ Da “jurisdição” no actual Estado de Direito, in: *AB UNO AD OMNES*, obra coletiva, Coimbra, 1998, p. 226-227.

(art. 1º da Constituição portuguesa) ou em Estado democrático de Direito (art. 1º da Constituição brasileira). As fórmulas não são iguais, a ideia é a mesma.

Os princípios do Estado de Direito democrático ou do Estado democrático de Direito encontram-se, depois, explícita ou implicitamente, consagrados em diversos lugares: princípios da proporcionalidade, da proteção da confiança, da aplicação imediata das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, da tutela da justiça, da responsabilidade civil das entidades públicas por danos aos particulares.

Portugal está integrado na União Europeia, a qual elabora normas jurídicas que vigoram na ordem interna. Mas a Constituição precisa que os princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, em caso algum podem deixar de ser respeitados pelos tratados da União Europeia e pelas normas dimanadas das suas instituições (art. 8º, nº 4).

12. O Princípio da Maioria

I – Se o sufrágio é o modo específico de participação política dos cidadãos, a maioria é o critério de decisão – de decisão quer do conjunto dos cidadãos nas eleições e no referendo, quer dos órgãos do Estado de natureza colegial. Governo representativo é *governo de maioria*²⁵.

Contrapostos aos sistemas eleitorais maioritários, nem por isso os sistemas proporcionais deixam de observar o princípio: *primo*, porque apenas as candidaturas que atinjam determinado montante ou cifra (em razão do número de parlamentares a eleger por círculo ou distrito eleitoral) obtêm mandatos; *secundo*, porque são as que obtêm *mais votos* que obtêm mais mandatos.

Observe-se, no entanto, que as técnicas maioritárias não são privativas da democracia, nem se esgotam na seara da política. O Direito romano conheceu-as, o Direito canónico deu-lhes expressão e na Idade Média elas tiveram particularíssimas aplicações no âmbito das ordens religiosas e dos municípios. Assim como hoje se encontram nas associações, nas sociedades e em quaisquer entidades coletivas, com mais ou menos adaptações.

II – Por que motivo deve a maioria ser o critério da democracia? Por que devem governar os candidatos que recebem mais votos? Por que deve a lei ter o sentido querido pela maioria?

Está longe de ser pacífica a resposta.

Há quem sustente que se trata de simples ficção ou convenção, de mera regra instrumental ou de preferência. Ou quem, pelo contrário, identifique maioria com manifestação de racionalidade. Mas há ainda quem afirme que lhe subjaz um conteúdo axiológico, seja o princípio da igualdade, seja o princípio da liberdade, seja (porventura) outro.

De harmonia com a ideia de igualdade (que remonta a Aristóteles e que Rousseau levaria às últimas consequências), é porque todos os cidadãos têm os

²⁵ V. também *Manual ...*, VII, p. 85 e ss.

mesmos direitos e devem ter o mesmo grau de participação na vida coletiva que deve prevalecer a maioria; a vontade do maior número entre iguais converte-se em vontade geral; e esta fica sendo a vontade do Estado.

De harmonia com a ideia de liberdade (especialmente enfatizada por Kelsen), a maioria resulta da autodeterminação dos membros da comunidade política; qualquer decisão imposta deve ser reduzida ao mínimo; tendo de haver uma ordem social, esta não pode estar em contradição senão com a vontade do menor número possível de indivíduos.

Aderimos à necessidade de um fundamento axiológico. Sem este não se explicam nem o consentimento, nem a própria obrigatoriedade da decisão decorrente do voto.

E entendemos que ele se encontra na conexão de igualdade e liberdade. Não numa presunção puramente negativa, de que ninguém conta mais do que os outros, mas no reconhecimento da dignidade cívica de todas as pessoas. Não numa liberdade com separação de uns dos outros, mas numa liberdade com integração numa sociedade de todos. Em suma, na exigência de uma igualdade livre ou de uma liberdade igual para todos.

III – A maioria não é fonte de verdade ou de justiça; é apenas forma de exercício de poder, ou meio de ação.

Não há, nem deixa de haver verdade nesta ou naquela opção política; há só (ou tem de se pressupor que haja) referência ao bem comum. Naturalmente, quando se suscitem problemas de verdade, sejam quais forem – religiosos, morais, filosóficos, científicos ou técnicos – não cabe decisão de maioria.

Por outro lado, a decisão de maioria implica publicidade, não pode ter por objeto questões do foro privado. Tudo está, na prática, em saber deslindá-las.

IV – Tão pouco se admitem decisões de maioria que afetem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou o conteúdo essencial da própria democracia representativa – mais especificamente, o pluralismo, os direitos das minorias e a possibilidade de alternâncias e de alternativas.

Democracia representativa não é só governo de maioria. Envolve uma dialética necessária de maioria e minoria, sendo a maioria de hoje a minoria de amanhã e a minoria de hoje a maioria de amanhã.

V – As minorias políticas são sempre contingentes e variáveis. Diversas, porque permanentes, são as minorias étnicas nacionais, linguísticas e religiosas – que existem em não poucos Estados e que se repercutem nas respectivas estruturas constitucionais.

Sobre os direitos dos membros destas minorias à proteção contra quaisquer discriminações e à preservação da sua identidade não pode ainda incidir a decisão de maioria.

VI – A decisão da maioria pressupõe a competência para decidir, seja em diferentes escalões de poder (do Estado aos municípios e a entidades infra e supramunicipais), por referência ou não a um princípio de subsidiariedade; seja dentro do mesmo escalão entre os seus órgãos.

Por outro lado, não vale qualquer vontade maioritária, somente vale a que se forme no respeito das normas – constitucionais, legais, estatutárias, regimentais

– que a estruturam e regulam. Donde, limites formais ou procedimentais a acrescentar aos materiais e aos orgânicos.

Requisitos de regularidade do procedimento hão-de ser, nomeadamente, a convocação da eleição ou da deliberação nos termos previamente estabelecidos com carácter geral, a igualdade de todos os participantes, a liberdade de discussão e de voto, a pessoalidade do voto, a simultaneidade da votação e o rigor no apuramento dos resultados. E, quando se trate de órgãos colegiais, a reunião no tempo e no local próprios e a presença de mais de metade dos respetivos membros (*quorum*).

13. Democracia e Justiça Constitucional

I – Instrumento de controlo da maioria é a justiça constitucional: controlo dos limites materiais e do procedimento; controlo indispensável, sobretudo, para garantia dos direitos fundamentais.

À legitimidade democrática corresponde a legitimidade do controlo jurisdicional como legitimidade das minorias frente à maioria. Nem se verifica aqui contradição, mas sim complementaridade. A justiça constitucional só se afigura contramajoritária ao inviabilizar esta ou aquela pretensão da maioria, não no contexto global do sistema²⁶.

II – Os Tribunais Constitucionais aparecem, na generalidade dos países, com estrutura arredada da estrutura dos demais tribunais, com juízes escolhidos pelos Parlamentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atinência (ou atinência necessária) às carreiras judiciárias (e algo de semelhante sucede, como se sabe, com os Supremos Tribunais no modelo judicialista norte-americano).

Ora, pergunta-se como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindicar os atos daqueles órgãos; como pode a criatura fiscalizar o criador; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Presidente da República. Essa a aporia do Tribunal Constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, por todos quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem declarar a invalidade de atos com a força de lei. E por eles, embora por via indireta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tomam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juízes; para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares

²⁶ Sob o problema, v. *Manual ...*, VI, 4ª ed., Coimbra, 2013, p. 142 e ss., e Autores citados.

do órgão de designação, são mais longos e, por princípio, insuscetíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada (o que obriga a compromissos).

Num Tribunal Constitucional como o português ou em órgão homólogo (como o Supremo Tribunal Federal no Brasil) podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas, essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos fatores objetivos da interpretação jurídica e, sobretudo, em virtude do fenómeno de institucionalização que cria dinâmica e autonomia do órgão.

Nisto tudo (insista-se) reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável à dos juizes dos tribunais comuns; uma legitimidade de título, inerente ao Estado democrático, uma legitimidade de exercício, expressão de Estado de Direito. Donde, mais uma vez, Estado de Direito democrático ou Estado democrático de Direito.

14. Os Valores da Democracia

I – Qualquer forma de governo e qualquer regime político fundam-se em certos valores que, conferindo-lhe sentido, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro lado, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem. Qualquer forma de governo e qualquer regime político liga-se a uma certa Constituição material no sentido atrás indicado.

Assim, por detrás da diversidade de conceções e formulações teóricas, avultam valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão de ser. E eles são (importa frisar de novo) a liberdade e a igualdade, tal como constam da Declaração de Direitos da Virgínia, da Declaração de 1789, e da maior parte das Constituições de Estado de Direito democrático.

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. E revela-se limite, visto que a democracia não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria.

II – É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta (de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, porquanto:

- apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;
- do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absorvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);
- apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;
- somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas.

Não por acaso têm-se dito muitas vezes, que ela não constitui um *minus* no confronto com a democracia direta. Constitui um *majus*.